

العرف والعادة في الإسلام ومواكبتهما للوقائع المستجدة في الأحكام

الحسين وگاگ

حملتني على عرض هذا الموضوع على أنظاركم الروح الملكية المعبرة في الخطاب الذي ألقاه جلالة الملك سيدي محمد السادس نصره الله في المجلس العلمي الأعلى حينما تفضل وكلف أعضائه بالاهتمام بمصادر الشريعة الإسلامية، وأصول مذهب الإمام مالك رحمه الله والعمل على تفعيل المصالح المرسله التي اعتادتها الدولة المغربية وملوكها الميامين عبر القرون.

وكذلك روح المسؤولية الكبرى التي تحملتها أكاديمية المملكة المغربية الشامخة في شارع الإمام مالك رحمه الله بخبرتها وإخلاص أعضائها الباحثين والهادفين في جلساتهم ومناقشاتهم وعروضهم وندواتهم إلى تحقيق المصالح

المرسلة التي أكد عليها أمس مؤسسها مولانا الحسن الثاني رحمه الله ودعا إلى تفعيلها راعيها اليوم وخطابه جلالة الملك مولانا محمد السادس نصره الله تفعيلا محققا للتنمية والرخاء للشعب المغربي المتشبث بروح المدينة المنورة في قراءاته وأحاديثه وعمله والسائر دوما في شارع عالمها وامامها مالك بن أنس رحمه الله.

فبارك الله في لجنتي القيم والتراث اللتين أخذتا الخيط بلباقة حتى انجزت الأكاديمية ما انجزت في الداخل والخارج من أعمال تذكر فتشكر سائرتين بمرونة وذكاء في نفس خط الأعراف والمصالح المرسلة المعتاد السير فيه منذ البداية بمباركة ملهمة من أمانة السر الدائم التي تتقن أسلوب التدبير والتنوير.

وإنه لمن فضل الله علينا وعلى الناس أن أكرم المسلمين بعلماء صدقوا ما عاهدوا الله عليه فوسعوا مصادر التشريع الإسلامي ونوعوها إلى نوعين اثنين :

نوع أصلى حصروه في الكتاب والسنة والاجماع، ونوع تبعي ذكروا ضمن أعداده القياس والعرف والمصالح المرسلة والاستحسان.

وإذا كان المسلمون كلهم لا يشكون في أن المصدر الأول للتشريع الإسلامي العام والشامل للاعتقاد والخلاق والسلوك هو القرآن الكريم المطبوع بالتفصيل في الجوانب الثابتة منها أمام المتغيرات، والإجمال في جانب المعاملات التي تتغير لتغير الأحوال والأزمان، فإن فضل الله عليهم لكبير حينما أوكل التفاصيل فيها إلى السنة النبوية التي هي المصدر الثاني المهيأ للقيام بدور الشرح والبيان وتفصيل ما أجمله القرآن.

أما الاجماع الذي يعتبر لدى الجمهور المصدر الثالث للتشريع، فهو رغم الخلاف الشاذ الواقع فيه، مصدرا مهما تستقى منه الأحكام، وتتخذ خلاصة إجماع المجتهدين على أموره الظنية حجة ملزمة في كل المستجدات.

وبعده يأتي القياس في المرتبة الرابعة من حيث الحجية رغم الخلاف فيه بين علماء الأصول، إلا أن جمهورهم ذهب إلى الاعتداد به واعتباره أوسع دائرة من المصادر الأخرى، لصلاحيته للاستعمال وأمام انعدام البديل من نصوص القرآن والسنة الجامعة لأحكام كل الحوادث والجزئيات من جهة، وأمام الاجتماع النادر بسبب اختلاف المجتهدين من جهة أخرى ليواكب كل المتطلبات من التطوير والتجديد.

وإذا كان هناك رأي سائدا بين جمهور العلماء يذكرهم بما يتحملونه من مسؤوليات جسيمة نحو العمل على إثراء الشريعة التي لم تستوعب في العهد النبوي إلا القواعد الكلية للتشريع وجانباً من الأحكام الفقهية، التي تتصل بحياة الناس وواقعهم، رغم أن الشريعة الإسلامية تحتوي على قواعد تشريعية هائلة.

وإذا كان هناك تناهي نصوص الكتاب السنة، وعدم تناهي الحوادث المتجددة والوقائع المتكاثرة، المؤكد من طرف ابن رشد حين قال : إن الوقائع من أشخاص الأناسي غير متناهية، والنصوص والأفعال والقرارات متناهية، ومحال أن يقابل ما لا يتناهى بما يتناهى⁽¹⁾.

والمؤيد كذلك من طرف ابن خلدون الذي ذهب إلى أن الوقائع المتجددة لا توفى بها النصوص، ومن كان منها غير ظاهر في النصوص، يحمل على المنصوص لمشابهة بينهما⁽²⁾.

فإن عليهم العمل الجدي، والمتواصل حتى يواكب متطلبات رسالة الإسلام العالمية ويجعلوا من الفقه الإسلامي ققها عالميا متطورا، يسير مع واقع الحياة، ويلائم كل المدنيات الصحيحة والتطورات الطارئة.

وجاء في وصية عمر رضي الله عنه للقاضي شريح : فإن جاءك ما ليس في كتاب الله، ولم يكن في سنة رسول الله ﷺ، ولم يتكلم فيه أحد بتلك، فاختر أي الأمرين شئت، إن شئت أن تجتهد لتقدم فتقدم، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ولا أرى التأخير إلا خيرا لك⁽³⁾.

وقد نشرت وصية عمر المحركة للهمم في جو المسلمين تيارين اثنين : تيارا يرغب في المحافظة على التزامه بالمصدرين الأصليين، وحذره من الانحراف فيما لا تحمد عقباه، لأن نصوص الشريعة، لا تشمل تلك المظاهر الاجتماعية المستحدثة بعد التطور الحاصل في المجتمع الانساني بما استحدث للمسلمين بعد عصر الرسالة، أو ما جد لهم من حاجات على طريق التفاصيل.

وتيارا آخر يريد أن يجتهد ليتقدم، لأنه لم يجد بدا من الالتجاء إلى إعمال الرأي في المسائل التي لا نص فيها من كتاب أو سنة، فتشعبت بذلك مدارس الفقه الإسلامي، وصيغت الأفكار في صيغة علمية محددة حتى أصبح علم أصول الفقه صناعة علمية لها أصولها وقواعدها حسب التطورات الزمانية والمكانية.

وبعد هذا ظهر في الأمر فريقان، فريق يرى الاكتفاء بالنصوص كمصادر للتشريع معتمدا على قوله تعالى ما فرطنا في الكتاب من شيء، وقوله تعالى: ﴿ونزلنا عليه الكتاب تبينا لك شيء﴾، وغير ذلك من الآيات التي تعتمد عليها ابن حزم وغيره⁽⁴⁾.

وفريق آخر نظر إلى مصالح الناس، وإلى أوضاع المجتمعات الإسلامية، مستخدماً عقله في إدراك الأشياء، وتحقيق المصلحة، ولا ريب أن هذا الفريق يبدو أكثر وجاهة من الأول، فهو يعتمد النصوص وينطلق منها، ولا يرى من أعمال الفكر واستنباط الأحكام وتنوع المصادر إلا تأييداً للنصوص، واكتشاف مواضع المصلحة، والشرعية الإسلامية الصالحة لكل زمان ومكان، لا تتأتى لها هذه الميزة مع الجمود، لأن العالم كله متغير ومتطور... ولعل وجود الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم يؤيد هذا الاتجاه، فما وجد إلا بسبب ما كان في الزمان النبوي من تغييرات الأحوال.

والدين ما أتى إلا رحمة بالناس وتحقيق الناس مصالحهم، والنصوص التفصيلية التبعية من أعراف واستحسان ومصالح ما هي إلا استجابة لحاجات الناس⁽⁵⁾ لأنها واجهت مشاكلهم، فإذا تعددت المشاكل، وتبدلت الأوضاع، كان لابد أن تتغير الأحكام وتتطور، فالكل في هذا الكون متجدد متطور، والنصوص نفسها فيها عموم، وفيها مجمل، وفيها تفصيل كذلك، وما كان منها مفصلاً شاملاً، فلا مجال للعقل، لأن يستدرك عليه أو يزيد فيه، وما كان مجملًا وعامًا، فهو محل إعمال العقل، والشرعية الإسلامية تتسع لهذا الاجتهاد.

وأصحاب المذاهب الإسلامية الذين استنبطوا الأحكام من الكتاب والسنة والاجماع والقياس، لم يستوعبوا كل شيء ولم يحيطوا بكل شيء وإنما كان نظرهم في الغالب منصبا على ما حدث في عصرهم، ولم يضيفوا أنهم أصلوا أصولاً لمن يأتي بعدهم.

ومعنى هذا أن حركة التجديد والتنظيم والتطوير قائمة باستمرار منذ القديم، لذلك نرى القاضي عياضاً رحمه الله وهو يتحدث عن هؤلاء الأئمة

ويذكر اقبالهم على التنقيح والتفريع حين قال : «لكنهم لم يتكلموا من النوازل إلا في اليسير مما وقع، وكان أكثر انشغالهم بالعمل بما عملوا، والذب عن حوزة الوطن، وتوطيد شريعة المسلمين، ثم بينخم من الاختلاف في بعض ما تكلموا فيه ما يبقى المقلد في حيرة ويحوجه إلى نظر وتوقف... وإنما جاء التفريع والتنقيح وسط الكلام فيما يتوقع وقوعه بعدهم، فجاء التابعون فنظروا في اختلافهم، وبنوا على أصولهم، ثم جاء من بعدهم العلماء من اتباع التابعين والوقائع قد كثرت والنوازل قد حدثت والفتاوى في ذلك قد تشبعت، فجمعوا أقاويل الجميع، وحفظوا فقههم وبحثوا عن اختلافهم واتفاقهم، وحذروا انتشار الأمر، وخروج الخلاف عن الضبط، فاجتهدوا في جمع السنن، وضبط الأصول، وسئلوا فأجابوا، وبنوا القواعد ومهدوا الأصول وفرعوا عليها النوازل، ووضعوا للناس في ذلك التصانيف وبوبوها وعمل كل واحد منهم بحسب ما فتح عليه، ووقف له، فانتهى إليهم عمل الأصول والفروع والاختلاف والاتفاق، وقاسوا على ما بلغهم ما يدل عليه أو يشبهه⁽⁶⁾.

وليس معنى هذا أن شريعة الاسلام قاصرة أو عاجزة عن استيعاب هذه الأمور، وشمول المواضيع المستجدة أو المعاصرة، ولكنها شريعة وسعت كل شيء ما كان واقعا على عهد الرسالة، وما سيأتي بعد ذلك والنبى ﷺ كان يراعى في إبلاغ الحكم حاجة الناس، ومقتضيات الظروف الزمانية.

ولم يمض على وفاة الرسول إلا زمن قصير، حتى ظهرت حاجات جديدة لم يعرف الصحابة والتابعون لها حلا في الكتاب ولا فيما صح من السنة النبوية، فكان أبو بكر إذا ورد عليه خصم، ينظر في كتاب الله، فان وجد بما يقضى بينهم، قضى به، وإن لم يكن في الكتاب وعلم عن رسول الله ﷺ في ذلك سنة

قضى بها، فإن أعياه، خرج فسأل الصحابة فقال : أتاني كذا وكذا، فهل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى في ذلك بقضاء ؟ فربما اجتمع إليه نفر كلهم يذكر عن رسول الله فيه قضايا فيقول أبو بكر : الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ علينا علم نبينا، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله ﷺ، جمع رعوس الناس وخيارهم فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به⁽⁷⁾.

ويؤثر عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال : «من عرض له منكم قضاء فليقض، بما في كتاب الله، فإن لم يكن في كتاب الله ولم يقض فيه نبيه ﷺ فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه، ولم يقض به الصالحون، فليجتهد برأيه، فإن لم يحسن فليقم ولا يستحي»⁽⁸⁾.

وتوجيه ابن مسعود هذا يدل على أن الاجتهاد كما هو معلوم لا يتولاها إلا الراسخون في العلم والمتوفرون على الشروط المشتركة فيه، والمتصفون بصفات الصلاح والإيمان، والمستعدون للإنخراط في الطائفة والورعة والوارثة للأنبياء والمرسلين من العلماء الموفقين.

وهكذا أدرك الصحابة والعلماء والفقهاء نحو الساحة، فلجأوا إلى اعمال الرأي والاجتهاد منذ الأيام الأولى لوفاة رسول الله ﷺ في المسائل المستحدثة، مواكبين التطورات الزمانية والمكانية في الدولة الاسلامية، مستعينين في ذلك بخبرتهم ودربتهم في المدرسة المحمدية، وجاعلين نصب أعينهم سد الفراغ الفقهي في الساحة، بتفعيل العرف والمصالح المرسلة وغيرهما من المصادر التبعية في الشريعة مستدلين على اعتبار العرف وحجيته بقوله تعالى : ﴿خذ العفو وامر بالعرف﴾ ومدركين أن الشارع له اهتمام عظيم بمراعاة العرف الصالح

فيما يُشرع من أحكام حتى يُسهل على الناس قبولها، وكان له بذلك أثر بالغ في التشريع إذ الاسلام ما جاء إلا لإصلاح ما فسد من أوضاع الناس الاجتماعية، ولم يكن من هدفه هدم ما اعتاده الناس من عادات صالحة، تعارفوها جيلا بعد جيل، وهو باحترامه للعرف يكون قد شرعه للناس وأصبح في حكم المصادر التشريعية.

وقد ظهر لهم بعد هذه المراحل أن العرف هو الأصل المتجدد المتطور الذي يفي بكثير من هذه الأغراض، ويحقق مصلحة الناس عامتهم وخاصتهم، لأنه أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بكل سهولة ويسر، وهو الأصل الذي تدعو إليه الحاجة، لأن حاجة الناس إلى العرف فطرة قديمة أحس بها الإنسان منذ أيامه الأولى، وليست الأعراف والتقاليد البدائية، غير النواة الأولى لأصول العقد الاجتماعي الذي تعاقد عليه المجتمع لتنظيم شؤونه الاجتماعية في بعض مراحل المتطورة يقول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور : «من هنا نعلم أن القضاء بالعوائد يرجع إلى معنى الفطرة، لأن شرط العادة التي يُقضى بها أن لا تُنافي الأحكام الشرعية، فهي تدخل تحت أحكام الإباحة، وقد علم أنها من الفطرة، أما لأنها لا تنافيها، وحينئذ فالحصول عليها مرغوب لفكرة الناس وأما لفطرة تناسبها وهو ظاهر⁽⁹⁾.

ومن الطبيعي أن الأحكام عند ما تبنى على العرف، فإنه يجب الرجوع إليه في تفسيرها وتفهم معانيها، لأن الأعراف والتقاليد التي تعتادها كل أمة، وتتخذها منهاجا تسير عليه، يصبح لها في نفوس الأفراد احترام عظيم وسلطان قوي لأن العمل بكثرة تكراره، يصير جزءاً من كيان النفس لا تستطيع التخلص منه، روى الإمام البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت : إنما نزل أول ما نزل

سورة من المفصل في ذكر الجنة والنار، حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام، نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء لا تشربوا الخمر لقالوا : لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل لا تزنوا، لقالوا : لا ندع الزنا أبداً⁽¹⁰⁾.

وذكر أبو العباس المقرئ عن بعض رؤساء الأندلس قوله : «أننا ما استقمنا في هذه الديار إلا بحفظ العوائد⁽¹¹⁾».

وجعله ابن عاصم في منظومته الأصولية من الأدلة المشروعة إذ قال :

العرف ما يعرف بين الناس، ومثله العادة دون باس،

ومقتضاهما بمعنى مشروع في غير ما خالفه المشروع

ولنعرف بالعرف والعادة وما يطلق عليهما لغويا واصلاحاً ويقول : يطلق العرف لغة على الشيء المعروف والمستحسن، ففي لسان العرب العرف والعارفة والمعروف واحد ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، والعرف بالضم الجود واسم ما تبذله وتعطيه، ويطلق على كل عال ومرتفع، كما يطلق على شعر عنق الفرس وعرف الديك، وأصحاب الأعراف : قيل هم الملائكة، يعرفون أهل الجنة وأهل النار وقيل : هم الأنبياء.

والأعراف سورة من القرآن الكريم لورود لفظة الأعراف فيها، والعريف هو القيم على أمور القبيلة، قال الشاعر:

أو كلما وردت عكاظ قبيلة بعثوا إليّ عريفهم يتوسم

وان فتحت عينه صار بمعنى الريح الطيبة، وان كسرت صار بمعنى الصبر، كما ورد على لسان أبي دهبيل الجمحي.

قال لابن قيس أخى الرقيات، ما أحسن العرف في المصيبات،

وقد وردت كلمة العرف في القرآن الكريم بصيغة المصدر إفراداً وجمعاً في قوله تعالى : ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾ وفي قوله تعالى : ﴿وعلى الأعراف رجال﴾ وفي قوله تعالى : ﴿ والمرسلات عرفاً ﴾ وهي بمعنى المعروف.

وفي الاصطلاح عُرِفَ بتعاريف، منها : ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول :

أما العادة فهي لغة : ما استقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة⁽¹²⁾ وتجمع على عادات وعوائد كحوائج.

وفي الاصطلاح «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية» وان اعتادت الجماعة أمراً صار عرفاً لها.

تقسيم العرف والعادة :

ينقسم العرف إلى صحيح وفساد، والفساد لا يعتد به على الإطلاق، أما الصحيح فمنه عرف لفظي وعرف عملي، أو عرف عام وعرف خاص باعتبار اللفظية أو الفعلية، أو جماعة المنضبطين لهذا العرف قلة وكثرة.

أما تقسيم العادة : فيقسمها الشاطبي إلى عادات مقررة ثابتة لا تختلف باختلاف الأعصار والأمصار، وهي العادات المشتقة من الفكرة الإنسانية، والتي تدعو إليها طبيعة الإنسان، وعادات تختلف باختلاف الناس والبلدان⁽¹³⁾.

شروط اعتبار العرف :

وهناك شروط اشترطها الفقهاء في العرف ليصح له الاعتبار والنفوذ، وتكون له قوة الالتزام.

ومنها أولا : الاطراد والغلبة، وهو أن يكون العمل به جاريا بين متعارفيه في جميع الحوادث، فهو المعنى الجاري على لسان الحافظ السيوطي حين قال : إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلافاً، وكذلك لو غلبت المعاملة بجنس من العروض، أو نوع منه، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق⁽¹⁴⁾.

ومنها ثانياً عدم معارضة العرف بتصريح يخالفه، ومعنى هذا أنه إذا وجد شرك لأحد المتعاقدين، وجب العمل بمقتضاه، ولا يُلتفت إلى العرف، لأن المومنين عند شروطهم كما في الحديث، ولأن العرف لا يتدخل إلا عند سكوت المتعاقدين عن تفاصيل العقد، فلو اتفق على تفاصيله، لأخذ بما تم الاتفاق عليه، ولو خالف الأعراف القائمة.

ومنها ثالثاً : عدم مخالفته لنص شرعي، لأن النص مقدم على العرف، وهو أقوى منه، والأقوى لا يترك للأضعف، لأن العمل بالعرف المخالف للنص، سترتب عليه ابطال الحكم الثابت به، ويكون العرف قاضياً على النص⁽¹⁵⁾.

ومنها رابعاً : قدم المراد تحكيمه، وفي هذا يقول القرافي : إنما يعتبر من العادات ما كان مقارناً لها، والعوائد الطارئة بعد النطق، لا يقضي بها عليه، والعرف لا يعمل إلا فيما يوجد بعده، لا فيما يوجد قبله⁽¹⁶⁾.

وزيادة على هذا يشترط بعض القانونيين⁽¹⁷⁾ لاعتبار العرف شرطاً آخر، وهو أن يكون مطابقاً للنظام العام والآداب في المجتمع، فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور التي تتنافى مع النظام العام، فلا ينشأ عرف ملزم قانونياً.

وقد استدل الصحابة والأئمة والمحدثون والفقهاء والعلماء الباحثون على اعتبار العرف وحجته بقول تعالى : ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾ سأقتصر على ما رواه ابن جرير الطبري عن سفيان بن عيينة عن الشعبي أنه قال : لما نزلت هذه الآية : قال النبي ﷺ : ما هذا يا جبريل قال : الله سبحانه وتعالى ﴿يامرك أن تغفو عمن ظلمك، وتعطي من حرمك، وتصل من قطعك﴾.

وقد اختلف العلماء كذلك في معنى لفظه على أقوال، ولكنها كلها تؤدي إلى ما ذكره القرطبي، من أن المراد بالعرف في الآية : «هو خصلة حسنة ترتضيها العقول، وتطمئن إليها النفوس»⁽¹⁸⁾.

وقد عرف عن المذهب المالكي أنه قد توسع في الأخذ بالعرف، واعتبره أصلاً تبنى عليه الأحكام الشرعية، وتطبيقها على الواقع والجزئيات حيث لا يوجد نص من الشارع، وقد عانوا في اعتباره، حتى قالوا : «أن قطع العوائد المباحة، قد يوقع في المحرمات»⁽¹⁹⁾.

وكذلك الأئمة الآخرون، أصحاب المذاهب الأخرى على اختلاف مشاربهم واتجاهاتهم اتفقوا على اعتبار العرف دليلاً يُرجع إليه لمعرفة الأحكام كلما أعوزهم النص، يدل على ذلك تلك القواعد التي صاغوها مثل المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً⁽²⁰⁾ والعادة محكمة⁽²¹⁾.

وابن اسحاق الشاطبي نفسه اشترك لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة، معرفة عادات العرب في أفعالهم وأقوالهم ومجاري عاداتهم حالة التنزيل من عند الله والبيان من رسول الله ﷺ، لأن الجهل بها موقع في الاشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة⁽²²⁾.

وقد نص الأئمة على أن العادة تقوم مقام الإفصاح باللسان، وتغني عما أغفل رسمه بالبيان، بل إن ابن رشد⁽²³⁾ قدم ما شهدت به العادة على شهادة الشهود في كثير من الأحكام، وإن الافتاء والحكم طبقا للعرف أمر واضح في كثير من أبواب الفقه، كالأيمان والأحباس والمساقاة والوصايا، وفي مسائل كثيرة من البيوع والرهن والإجارة والشركة والقراض والأنكحة وغيرها⁽²⁴⁾.

وقد أكد هذا ابن العربي الذي اعتبر العرف والعادة أصلا من أصول الشريعة يقضي بهما في الأحكام⁽²⁵⁾، وأيده كذلك ابن منظور حين قال : إن أحكام الأقضية والفتاوى تتبع عوائد الزمان وعرف أهلها⁽²⁶⁾، ودعا إليه صاحب العمل الفاسي في نظمه حين قال :

واعتبر الأعراف في الفتوى وفي الحكم لكن بانتفائها نفي

والعرف إما أن يكون لفظيا أو عمليا، والعرف اللفظي بصفة عامة، تتألف به لغة جديدة، تكون هي المعبرة في تنزيل كلام الناس عليها وتحديد ما يترتب على تصرفاتهم القولية من حقوق وواجبات، بحسب المعاني العرفية واللغة العامية في كل مكان من هذا القبيل، بحيث يحمل كلام الناس فيها على معناه المتعارف بينهم. ومن حيث العرف العلمي أي عرف الناس في معاملاتهم المدنية، فإن

العلماء يرون أنه يجوز للصديق في بيت صديقه أن يأكل مما يجده أمامه، وإن يستعمل بعض الأدوات للشرب بلا إذن صاحبه، لأن ذلك مباح له عرفاً، وقد ذكر الإمام السهيلي أن رسول الله ﷺ شرب من إناء القوم في حديث الإسراء بلا إذن جرياً على العرف والعادة (26).

وعلى هذا جرى عرف الناس حينما يكسر زبون إناء الشراب في المقاهي أو أتلف شيئاً من أدواتها، فإنه لا يلزمه ضمان ما تلف اعتماداً على العرف الجاري بين الناس لأنه لا يعتبر متعدياً.

وعلى كل حال فما أكثر المسائل التي يتعتبر فيها العرف، وتطلعنا على ما له من قوة واعتبار في إنشاء الأحكام، وبواسطتها ندرك ما أولاه له الفقهاء من عناية واعتبار يبرزان مقدار تأثيره وسلطانه في الأحكام.

فسبحان من جعل الزمان يتطور، والأفكار تواكب، وأحوال الأمم غير ثابتة ولا سائرة على نسق واحد، بحيث يرى كل ما في الكون ينشد الأفضل وينظر بعينه إلى المستقبل راجياً أن يدرك أسرار الغامضة.

وقد أدرك هذه الحقيقة عالم الاجتماع العلامة ابن خلدون، إذ دون في مقدمته أن أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة، إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة، وانتقال من حال إلى حال، وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار، فكذلك يقع في الآفاق والأقطار والدول، سنة الله التي قد خلت في عباده (27).

ويقول الدكتور صبحي محمصاني : إن هذه الحقيقة سبق بها علماء الإسلام علماء الغرب بما لا يقل عن خمسة قرون قبل أن يدركها مونتيسكيو

وغيره من علماء الاجتماع والقانون، إذ لاحظ قبلهم شهاب الدين القرافي وابن قيم الجوزية وابن خلدون وأبو اسحاق الشاطبي وغيرهم من فقهاء وعلماء الاسلام منذ القرن الثالث عشر للميلاد، وأن هذا الأمر الاجتماعي الواضح كان عند فقهاء مفتي الديار المصرية الإمام محمد عبده رحمه الله (28).

ومن خلال هذه الحقيقة الاجتماعية، ندرك أن مصالح الناس تتبدل بحسب تبدل مظاهر المجتمع البشري فمهما كانت مصالح العباد أساس كل تشريع، كان من الضروري أن تتبدل الأحكام، وفق تبدل الزمان، وتتأثر بمظاهر المحيط والبيئة الاجتماعية.

ومن المقرر في فقه الشريعة أن لتغيير الأوضاع والأحوال الزمانية تأثيرا كبيرا في كثير من الأحكام الشرعية الاجتماعية لأن القصد من هذه الأحكام ليس إلا إقامة العدل وجلب المصلحة ودرء المفسدة، ولأن لها ارتباطا وثيقا بالأوضاع والوسائل الزمانية، وبالأخلاق العامة، فكم من حكم يراد به أن يكون تدييرا أو علاجا ناجحا لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يفي بالغرض، بل أصبح يقضي إلى عكس المطلوب بتغيير الأوضاع والوسائل والأخلاق.

وقد اهتم الفقهاء المتأخرون بهذه الحقيقة على اختلاف مذاهبهم، ولاحظوها في كثير من المسائل، وأفتوا فيها بعكس ما أفتى به أئمة المذاهب القدامى معللين مخالفتهم لهم بقولهم : إن سبب اختلافهم عن سبقتهم، ليس اختلاف الزمان وفساد الأخلاق فليسوا في الحقيقة مخالفين لمن سبقهم من فقهاء مذاهبهم، بل لو عاش الأئمة السابقون في عصر المتأخرين لأفتوا بفتاوي جديدة تخالف فتاواهم الأولى، لأنه لو استمر بهم الحال، ورأوا ما رأى المتأخرون

لعدلوا عن كثير من الأقوال التي أفتوا بها في زمنهم، ومن هنا جاء قولهم : «هذا اختلاف حال، لا اختلاف حكم» وينقلون في مثل هذا المقام الكلمة الماثورة عن ابن أبي زيد القيرواني في شأن كلاب الحراسة لما قيل له : أن مالكا كان لا يرى اتخاذ الكلاب لحراسة الدور، فأجاب بقوله : «لو أدرك مالك هذا الزمان، لاتخذ أسدا ضاريا»⁽²⁹⁾.

وقد أصاب ابن القيم رحمه الله عندما لاحظ أن تغيير الفتوى واختلافها تتغير بحسب الأزمنة والأمكنة والأحوال والبيئات والعوائد، وذكر أن سبب الجهل بهذه الحقيقة وقع غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه، الشيء الذي يتنافى والشريعة التي هي في أعلى رتب المصالح⁽³⁰⁾.

وليس ابن القيم أول من أدرك هذه الحقيقة، بل أدركها كثير من الفقهاء قبله، فالإمام مالك رحمه الله قال : «تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا»، وعمر بن عبد العزيز قال : «تحدث الناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»⁽³¹⁾. ولما كانت المصالح هي علل الأحكام وأساسها، كان من اللازم أن يستبعد هذا قاعدة أخرى، وهي أنه إذا زالت العلل وتغيرت وجب زوال أو تغير ما بنى عليها من الأحكام.

ولذا قيل في القواعد الأصولية : إن الحكم الشرعي المبني على علة يدور معها وجودا وعدما، وقد أجاد الأغلالي في نظمه هذه الحقيقة حين قال :

وكلما يبنى على العرف يدور معه وجودا عدما دور البدور

فاحذر جمودك على ما في الكتب فيما جرى عرف به بل منه تب

وكلما في الشرع فهو تابع إلى العوائد لها فجامع

فما اقتضته عادة تجددت تعين الحكم به إذا بدت

ثم إن المسائل الفقهية في جلها ثابتة عن طريق الاجتهاد والرأي، وكثير منها بناه المجتهد على ما كان في عرف زمانه، ولو تأخرت به الحياة إلى زمن العرف الحادث، لقال بخلاف ما قاله أولاً، ولهذا اشترطوا في المجتهد أن يراعى عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغيير عرف أهله أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بنى الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه الضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الحرج والضرر، ليبقى العالم على أتم نظام وأحسن أحكام.

ولهذا نرى مشايخ المذاهب خالفوا ما نص عليه أئمتهم في مواضع كثيرة بنوها على ما كان في زمنهم، لعلمهم بأنهم لو كانوا في زمنهم لقالوا بمثل ما قالوا به، فالإمام أبو حنيفة كان لا يرى أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وكذا على الإمامة في الصلاة، ولكن مع مرور الزمان، وتغير الأحوال، أفتى المتأخرون من أصحابه بجواز الاستيجار على تعليم القرآن ونحوه، نظراً لانقطاع عطايا المعلمين التي كانت متوفرة في الصدر الأول، بحيث لو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة للزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة للزم ضياع القرآن والدين، فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم⁽³²⁾.

وكذلك ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الحنفيان من عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة مع مخالفتها لما نص عليه الإمام أبو حنيفة

بناء على ما كان في زمانه من غلبة العدالة، لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية، وهما أدركا الزمن الذي فشا فيه الكذب، وقد نص العلماء على أن هذا اختلاف عصر وأوان، لا اختلاف حجة وبرهان.

ومن المقرر فقها أن القاضي يقضي بعلمه الشخصي في الحوادث، بحيث يعتبر علمه بالقضية المتنازع فيها مستندا لقضائه، ويغني المدعي عن اثبات مدعاه بالبينة، ويكون علم القاضي كافيا عن البينة، ولكن مع تغير الزمان وفساد الأخلاق، وغلبة أخذ الرشاوي والفساد على القضاة فيما يعد أفتى المتأخرون بأنه لا يجوز للقاضي أن يستند إلى علمه في اقضايها، بل لابد أن يستند قضاؤه إلى وسائل الإثبات مع العلم أنه مطلع على القضية وعلى هذا استقر العمل عند المتأخرين على عدم نفاذ قضاء القاضي بعلمه، وحتى الأحكام الواردة في السنة نفسها إذا كان منها شيء مبني على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم في عصر النبوة ثم تبدلت أحوالهم وفسدت أخلاقهم، وجب تبديل الحكم النبوي تبعاً لذلك إلى ما يوافق غرض الشارع في جلب المصالح ودرء المفاسد وصيانة الحقوق، وعلى هذا المبدأ سار الصحابة الكرام بعد عصر النبوة.

وقد روى في صحيح البخاري وغيره أن النبي ﷺ سئل عن ضالة الإبل، هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردّها على صاحبها حين يظهر. فنهى النبي ﷺ عن التقاطها، لأنها لا يخشى عليها ما يخشى على غيرها من الضياع، وأمر بتركها ترعى الكلاً وترد الماء حتى يلقيها ربها، وقد ظل هذا الحكم محافظاً عليه إلى آخر عهد عمر رضي الله عنه، فلما كان عهد عثمان بن عفان أمر بالتقاط ضوال الإبل وبيعها على خلاف ما أتى به رسول الله ﷺ فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها⁽²⁾. ذلك لأن عثمان رأى أن الناس قد دب إليهم فساد الأخلاق والذمم،

وامتدت أيديهم إلى الحرام، فرأى أن هذا التدبير أصون لضالة الإبل واحفظ لحق صاحبها خوفاً من أن تنالها يد سارق أو طامع، فهو بذلك وإن خالف أمر رسول الله ﷺ في الظاهر، موافق لمقصوده، إذ لو بقي العمل على موجب ذلك الأمر بعد فساد الزمان، لآل إلى عكس مراد الشارع عليه السلام في صيانة الأموال وكانت نتيجة ضرراً.

وكذلك ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن كتابة أحاديثه، وقال لأصحابه : من كتب عني غير القرآن فليمحّه، واستمر الصحابة والتابعون حفظاً وشفاهاً لا يكتبونها حتى آخر القرن الهجري الأول عملاً بهذا النهي ولكن بعد ذلك انصرف العلماء في مطلع القرن الثاني الهجري إلى تدوين السنة النبوية، لأنهم خافوا ضياعها يموت حفظتها، ورأوا أن سبب النهي عن كتابتها، إنما هو خشية أن تختلط بالقرآن، فلما لم يبق هناك مبرر للخشية على الاختلاط أصبح أمر كتابتها واجباً وتعيناً.

وقد نقل ابن عابدين عن بعض المحققين أنه لا بد للحاكم من فقه في أحوال الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، وكذا المفتي الذي يفتي بالعرف لا بد له من معرفة الزمان وأحوال أهله إلى حد أنهم قالوا من لم يكن عالماً بعادات أهل زمانه فهو جاهل⁽³⁵⁾.

ومن ثم اشترط فقهاء المالكية أن يكون القاضي بلدياً، أي يعرف أحوال أهلها وعاداتهم وأعرافهم ومقتضيات ألفاظهم فيما يذهبون إليه⁽³⁶⁾. وقد قيل للشيخ ابن عبد السلام التونسي : أن هؤلاء القوم امتنعوا من توليتك القضاء لأنك شديد في الحكم فقال : أنا أعرف العوائد وأمشيها.

وفي مواهب الخلاق للصنهاجي : ينبغي للقاضي أن يكون عارفا بعوائد أهل البلد الذي ولي به، ليجرى الناس على عوائدهم وأعرافهم، ويحقق لهم الشرط المدخول عليه صريحا (37).

والحكمة في اشتراط ذلك كله معرفة أحوال القوم وأعرافهم حتى إذا تغيرت حالتهم واختلفت أعرافهم تغير الحكم تبعاً لتغير أحوال الناس وتقاليدهم.

ويقول الأستاذ خلاف أن الأحكام التي روعي فيها العرف تتغير بتغير العرف، ولهذا خالف بعض المتأخرين من الفقهاء بعض أئمتهم ومتقدميهم بناء على اختلاف العرف في زمنهم، ولما قال محمد بن الحسن يعنى عن رشاش البول وخالفه أبو يوسف قال : لو رأى صاحي «مرو» وما عليه سكانها لوافقني، وكثيراً ما قال الفقهاء عن اختلافهم : إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان.

وقد قال الإمام القرافي إذا جاءك رجل من غير إقليمك، لا تجره على عرف بلدك والمقرر في كتبك، لأن هذا هو الحق الواضح، ولأن الجمود على المنقولات أيا كانت لضلال في الدين وجهل بمقاصد المسلمين والسلف الماضين.

وكذلك الدعاوي غذا كان القول قول من ادعى شيئاً لأنه العادة ثم تغيرت العادة، لم يبق القول قول مدعيه، بل انعكس الحال فيه، ولا يشترط فيه تغير العادة بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه، أفئتناهم بعادة بلدهم ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه، وكذا إذا قدم أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نفته إلا بعادة بلده (29).

وتغير الأحكام له سند من السنة، فقد أخرج الشيخان بسندهما على عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : «لو أن قومك حديثو عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد ابراهيم⁽³⁰⁾ وما أخرج الترميذي عن زيد ابن خالد أن رسول الله ﷺ قال : «لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل، ولأمرتهم بالسواك عند كل صلاة⁽³²⁾ وقد استنتج الفقهاء من هذه النصوص أن كلمة «لولا» في الحديثين أفادت أن إقامة الكعبة على قواعد ابراهيم، والأمر بتأخير العشاء والسواك عند كل صلاة، أحكام صالحة، وإنما منع من الأول قرب قريش من عهد الكفر، وتمكن عادات الجاهلية من نفوسهم، بحيث لو تغير بناء الكعبة لحدث من المفسد ما يزيد على مصلحة التغيير، وهو الارتداد إلى الشرك، ومنع من الآخرين طبيعة الناس التي يشق عليهم معها هذا التكليف، فدل هذا على أن الأحكام تتغير بالعادات⁽³³⁾.

كما أن في آثار الصحابة ما يدل على تبدل الأحكام بتبدل الزمان والعوائد، فقد اخرج البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت : «لو أدرك النبي ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المساجد، كما منع نساء بني اسرائيل⁽³⁴⁾.

فقد كان الصلاح غالبا في عهده ﷺ حيث كانت النساء يخرجن مستترات بلباسهن، فكانت المصلحة في خروجهن، لينلن ثواب الجماعة، ولكن لما تغير الحال بعده ﷺ، رأت عائشة أن المصلحة ليست في خروجهن، بل فيه بلاء وفتنة، وتقتضي المصلحة أن يستنبط لهن حكم آخر يناسب الحالة الطارئة وهو منعهن من الخروج وقد علق الزرقاني على هذا الحديث قائلا : «ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال⁽³⁵⁾.

والنداء للجمعة في عهد رسول الله ﷺ والخليفين بعده، كان بالآذان بين يدي الخطيب ، فلما كان عهد عثمان، ورأى كثرة الناس، بحيث لا يسمعون هذا النداء زاد الأذان الأول بالزوراء عند الزوال⁽³⁶⁾، ولم ينكر عليه.

وهذا لا يعتبر نسخاً، لأنه ليس لأحد من المجتهدين، ولا لسلطة من السلط نسخ شيء من الشريعة بعد النبي ﷺ، والأحكام باقية ما بقيت الدنيا، ولكن الحكم المبني على العادة، يستنبط طبقاً لحادثة معينة، ذات أحوال خاصة، فإذا طرأ على هذه الحادثة عرف آخر تغيرت طبيعتها، وجدت أحوال جديدة لهذه الحادثة نفسها، احتاجت إلى استنباط حكم آخر وهكذا، فالأحكام باقية بالنسبة لحوادثها، لا رفع فيها ولا تبديل، وإنما الرفع والتبديل إذا تغيرت الأحوال وجاء عرف آخر.

فرفع الحكم معناه : رفع تطبيق الحكم السابق لعدم مناسبته، لا رفع الحكم المشروع، فإن للواقعة الواحدة ذات الأحوال المختلفة حكمين أو أحكاماً ثابتة، لكل حكم تطبيق في ظرفه الذي يختص به، بخلاف النسخ، فإن حكم الحادثة يرفع بحيث لا يبقى له وجود أصلاً، وهكذا ما لاحظته الإمام الشاطبي حين قال: «وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت، رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها⁽³⁷⁾».

ومن خلال هذه الأمثلة المذكورة تبين لنا أن الفقهاء متفقون على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل أخلاق الناس، هي الأحكام الاجتهادية، وهي الأحكام التي قررها الاجتهاد بناء على القياس أو على اعتبار المصلحة، أما الأحكام التي جاءت بها الشريعة من أمر ونهي، وهي الأحكام الثابتة، فلا تتبدل بتبدل

الأزمان، بل هي جاءت لإصلاح الأزمان والأجيال، وراعت مصالح الناس حين ورودها، غير أن وسائل تحقيقها، وأساليب تطبيقها قد تتبدل باختلاف الأزمنة المحدثه وأيضاً فالأحكام الشرعية مهما تبدلت فإن المبدأ الشرعي فيها واحد، هو احقاق الحق وجلب المصالح، فتبدل الأحكام هي تبدل الوسائل والأساليب، إذ هي في الغالب لم تحددها الشريعة الإسلامية وإنما تركتها مطلقة ليختار منها في كل زمان ما هو صالح ونافع، وإذا عرفنا أن الأحكام تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس، فإن عوامل تغير الزمان نوعان : فساد وتطور، أما الأول فيرجع إلى فقدان الورع وضعف الوازع، أما الثاني فينشأ عن حدوث أوضاع تنظيمية جديدة ووسائل زمنية طارئة، من تراتيب إدارية وأساليب اقتصادية ونحو ذلك، وكلا النوعين موجب لتغير الأحكام الفقهية الاجتهادية إذا أصبحت لا تتلاءم معه، لأنها تصبح عندئذ ضرراً، والشريعة منزهة عن الضرر بالناس، بل هي ما أتت إلا لتصلحهم في أحوالهم الدينية والدنيوية وقد قرر الشاطبي رحمه الله أن لا عبث في الشريعة⁽³⁸⁾.

خاتمة

هذا وإن الشريعة الإسلامية لم تنفرد بهذه الميزة التي تتمتع بها الأحكام الفقهية الاجتهادية فيها من تغيرات وتبدلات حسب تبدل الزمان وأهله، بل واكبتها القوانين الوضعية المكتوبة نفسها في هذا التجدد باستمرار بحيث ترى القوانين والدساتير لا تستطيع الاستغناء كلية عن العرف الذي لا بد منه لتكوين قواعد تسد ما فيها من نقص حكمي أو لمواجهة حالات جديدة لم تكن في الحسبان.

وقد قرر بعض فقهاء القانون بأن العرف يستطيع تعديل النص الدستوري أو ما يتخلله من ثغرات لا نص لحكمها سواء كان ذلك بإسقاطه بعدم الاستعمال، أو بإقامة حكم جديد على خلافه، ولذلك لما قسموا الدساتير إلى جامدة ومرنة، قالوا : إن أكثر الدساتير مرونة، هي الدساتير العرفية، لأنها كما نشأت بطريق العرف، فإن العرف يعد لها كذلك⁽³⁹⁾.

الهوامش

- (1) «بداية المجتهد»، 21/1.
- (2) «المقدمة»، ص 44.
- (3) جامع بيان العلم وفضله 70/2.
- (4) «الأحكام»، مجلد 2/42.
- (5) «الفكر السامي» : 241/4.
- (6) «ترتيب المدارك»، 61/1.
- (7) انظر «فجر الاسلام»، ص 239.
- (8) انظر «التمهيد لتاريخ الفلسفة الاسلامية»، ص 177.
- (9) «مقاصد الشريعة الإسلامية»، ص 61.
- (10) «صحيح البخاري»، 185/6.
- (11) «أزهار الرياض» 59/1. تحقيق جماعة من السقا وآخرين.
- (12) «لسان العرب»، 239/9.
- (13) «الموافقات» : 198/2.
- (14) «الأشباه والنظائر»، للسيوكي، ص 64.
- (15) «سنن المهتدين»، ص 8.
- (16) «شرح تنقيح الفصول»، ص 76.
- (17) «المدخل لدراسة القانون»، ص 337.
- (18) «الجامع لأحكام القرآن»، 346/7.
- (19) «سنن المهتدين»، ص 8.

- (20) «الأشباه والنظائر»، للسيوطي، ص 64.
- (21) «شرح تنقيح الفصول».
- (22) «الموافقات» 151/3.
- (23) «بداية المجتهد»، 2/1.
- (24) «أحكام القرآن»، 184/4. «تهذيب الأكياس»، 84/1.
- (25) «تهذيب الفروق»، 49/1.
- (26) «روض الأنف»، 246/1.
- (27) «مقدمة ابن خلدون»، ص 28.
- (28) «قسم التشريع»، ص 221.
- (29) «مقدمة ابن خلدون»، ص 28.
- (30) حاشية ابن الخياط على شرح الخرشي لفرائض خليل، ص 8.
- (31) حاشية المهدي الرزاني، 2، ص 350.
- (32) حاشية المهدي الوزاني، 2، ص 350.
- (33) «أعلام الموقعين» : 3/1.
- (34) «شرح الموطأ»، 204/4.
- (35) «تيسير أصول الفقه»، ص 1/2.
- (36) انظر شرح ميارة للتحفة، 30/1.
- (37) شرح الباجي، 134/6.
- (38) «القانون الدستوري» للدكتور عثمان اسماعيل، ص 26-27.
- (39) «الموافقات» 158/1.

